

## **NUEVOS CONTEXTOS DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA**



# **POLICENTRISMO *VERSUS* SOBERANÍA: LOS NUEVOS ÓRDENES NORMATIVOS \***

Polycentrism *versus* Sovereignty: The New Normative Orders

José Eduardo FARIA

Universidade de São Paulo (Brasil)

## **RESUMEN**

El artículo analiza cómo la globalización está suponiendo un vaciamiento progresivo de la soberanía de los Estados nacionales en los ámbitos económico, político-institucional, social, cultural y jurídico. En este último, las instituciones legislativas tradicionales van cediendo cada vez más lugar a las nuevas fuentes de producción normativa no estatales (fuentes supranacionales, privadas, técnicas y comunitarias). El resultado de este policentrismo normativo es la coexistencia compleja de una diversidad de órdenes normativos y jurisdicciones que implican el agotamiento del paradigma jurídico en torno al cual el Estado estructuró sus instituciones.

**Palabras clave:** globalización, soberanía, policentrismo normativo, derecho global.

## **ABSTRACT**

The article explores how globalization is assuming a progressive emptying of the sovereignty of nation states in economic, political, institutional, social, cultural and legal aspects. The traditional legal institutions are increasingly giving rise to new non-state regulatory sources (supranational, private, technical and communitarian). The result of this polycentric regulatory complex is the coexistence of a diversity of normative orders and jurisdictions involving the exhaustion of the legal paradigm around which the State has structured its institutions.

**Key words:** globalisation, sovereignty, polycentric normative order, global law.

Uno de los aspectos más significativos y conocidos del fenómeno de la globalización es el creciente predominio de los sistemas financiero y económico mundiales sobre los sistemas nacionales y locales. El libre comercio se generaliza, las disputas por el mercado se vuelven más enconadas, los capitales adquieren movilidad y las empresas transnacionales pasan a actuar como sistemas integrados a escala planetaria. De esta manera, los procesos decisorios nacionales son

---

\* Traducción de José Luis Serrano Moreno.

sometidos a presiones des-reguladoras —bajo la forma de privatizaciones de servicios esenciales, venta de empresas públicas, supresión de monopolios estatales, sustitución de estrategias proteccionistas por otras de liberalización comercial, flexibilización de la legislación laboral, reducción de gastos sociales, etcétera— y acaban siendo reformulados o rediseñados.

Globalización económica no sólo significa cambios en las condiciones de la competencia económica, en las formas de operar las empresas, en los mecanismos que conforman el coste de la mano de obra, o en el funcionamiento del mercado laboral. La globalización también pone en jaque los patrones, los objetivos y la eficacia de las políticas fiscal, monetaria, aduanera y comercial, el nivel de actividad laboral, el empleo y las transferencias internas de rentas. Por lo tanto, lo que está en juego es (a) la competencia de los gobiernos para ejercer funciones de corrección del mercado (las enumeradas por John Rawls, entre otros autores) y para establecer instituciones orientadas hacia la justicia distributiva, y (b) la recomposición de los sistemas de poder, como contrapartida necesaria a la creciente importancia de las normas internacionales.

Ante el policentrismo decisivo que caracteriza a la economía globalizada —con sus jerarquías altamente flexibles, sus entidades nacionales o supranacionales híbridas y sus estructuras de mando cada vez más diversificadas y funcionalmente diferenciadas—, los Estados tienden a perder la posición de poder exclusivo en la coordinación de las acciones colectivas. Por un lado, están cada vez más presionados por mercados globalizados que no consiguen controlar y, por otro, están expuestos a presiones y reivindicaciones internas que ya no pueden o no logran satisfacer con programas sociales y mecanismos compensatorios de inspiración keynesiana. En el plano interno, los Estados se enfrentan a una creciente pluralidad y heterogeneidad de situaciones y desafíos inéditos y, en el plano externo, se encuentran en conflicto con tendencias y flujos que no consiguen encauzar con su autoridad tradicional.

Evidentemente, el impacto de esos cambios no es homogéneo, sino desigual y contradictorio. Varía de país a país según las específicas condiciones locales, la dimensión del mercado de consumo, las luchas sociales internas, las estrategias adoptadas por los gobiernos o la situación geopolítica de cada uno. Pero con independencia de los tiempos y ritmos de estos cambios, un hecho es innegable: los Estados sufren la interferencia cruzada de los más variados actores transnacionales. Además, muchos de esos actores se presentan como “interlocutores” de los gobiernos en los planos económico y social, lo que relativiza la diferencia nacional/internacional propia del derecho positivo y basada en la premisa de que los Estados, en principio, podían hacer lo que quisieran con sus ciudadanos dentro de sus límites territoriales.

Ante el progresivo predominio de la lógica financiera sobre la economía real, las fronteras tienden a hacerse más porosas y los espacios tradicionalmente reservados al derecho y a la política tienden a no coincidir con el espacio territorial. Toda la atención se centra ahora en las cuestiones de la actualidad, del alcance y de la efectividad de la soberanía del Estado. La argumentación desarrollada hasta ahora parte de dos premisas: según la primera hay un choque entre la “geografía

fija” del Estado y el carácter extraterritorial de los problemas surgidos con la universalización de la competencia, la lógica mercantil global, la intensificación comercial y la concentración del poder económico. Y, según la segunda, en ese choque el Estado-nación estaría perdiendo en favor del “mercado” su capacidad normativa como instancia de coordinación de la vida social, como referencia cognitiva de la comunidad de expertos y como base de legitimación discursiva de organismos internacionales y organizaciones multilaterales.

Las ideas de libre competencia interna y externa y de integración de los mercados se ven impulsadas y apuntaladas por la extraordinaria velocidad de las innovaciones tecnológicas, por la incorporación de estas innovaciones al sistema productivo, y por el dinamismo y la fuerza de la globalización comercial y financiera. Esas ideas están justificadas sobre la base de las líneas programáticas del liberalismo económico y son defendidas de manera enfática por los grandes medios de comunicación, por los organismos multilaterales de crédito, por las cámaras de comercio y demás entidades de clase. Con todo, en el plano práctico, los principios y directrices *market friendly* tienden a ser adoptados o seguidos de manera bastante selectiva por la mayoría de los países que los defienden y los promueven. En ese sentido podemos preguntarnos: ¿cuándo son los Estados realmente libres para actuar con independencia de las restricciones de los mercados transnacionalizados? ¿Qué criterios pueden utilizar los Estados para decidir si los costos de la globalización económica son menores o mayores que los del aislamiento, el cierre comercial y las restricciones a la libre actividad económica?

En principio, en mayor o menor grado y dependiendo del estado de complejidad alcanzado por sus economías, cualquier gobierno nacional puede negarse a abrir su agenda decisoria para preservar una relativa independencia a la hora de su definición. De la misma manera, puede negarse a vincular sus decisiones y políticas internas a los imperativos, formas de organización y lógicas de actuación de los mercados transnacionalizados. Sin embargo, la creciente movilidad de los factores de producción, los riesgos de fuga en masa de capitales y las consiguientes dificultades de acceso a las fuentes del crédito y de la innovación tecnológica, los costes políticos, económicos y sociales de una decisión hostil a esos mercados y de una renuncia a la apertura y liberalización económicas, hacen crecer a ritmo geométrico los riesgos de aislamiento comercial, financiero y tecnológico. Y cuanto mayores son esos riesgos, más pragmática tiende a ser la reacción de los gobiernos nacionales, que se resignan a su subordinación a los mercados globalizados. Dicho de otro modo, la globalización económica induce a los países a adoptar las mismas “reglas del juego” y, por consecuencia, a someterse a los “fiscales” internacionales.

Por este motivo, los países más desarrollados y próximos al “núcleo duro” de la economía globalizada, productores casi en régimen de oligopolio de bienes con alto valor añadido y con un gran componente tecnológico, se acostumbran a tratar su “soberanía” como una cuestión jurídica, mientras que los países periféricos y semi-periféricos, de los cuales una gran mayoría produce bienes de bajo valor añadido para mercados altamente competitivos, pasan a verla pragmáticamente, o sea,

dentro de sus limitaciones económico-financieras y geopolíticas. Las alternativas dejadas a estos países, como se ve, son tan paradójicas como perversas. El riesgo de aislamiento comercial, financiero y tecnológico es el precio cobrado por las exigencias del así llamado “nuevo constitucionalismo” o “neoinstitucionalismo” —entendiendo por tal el conjunto de valores, reglas y procedimientos establecidos por la tecnocracia responsable de la gestión de los capitales transnacionales para reaccionar contra las políticas de “no-conformidad” o de autarquización económica de los gobiernos nacionales (Kirat y Sérverin, 2000; y Uprimny, 2006). El coste de la apertura comercial y de la integración en la economía globalizada es de otra naturaleza. Las complejas tramas de intereses y poderes constituidas por los agentes económicos transnacionales hacen que los gobiernos nacionales pierdan las capacidades necesarias para obtener los recursos tributarios necesarios para su economía interna, para adoptar medidas proteccionistas o formular políticas económicas orientadas por la demanda, o para pensar estratégicamente el futuro, establecer objetivos a largo plazo, o garantizar las condiciones mínimas indispensables para cualquier proyecto de crecimiento y, en suma, para promover la idea de justicia a través de la acción fiscal.

De ese modo, a los Estados periféricos y semi-periféricos les crecen las dificultades para asegurar las bases fundamentales de su legitimación material o substantiva. Y esto porque, en el plano económico, la obtención de tasas de crecimiento significativas está condicionada a su inserción competitiva en los campos y sectores más dinámicos de los mercados internacionales que, además, son excluyentes en términos de generación de nuevos puestos de trabajo. En consecuencia, cuanto mayor es la apertura comercial y financiera en el nivel macroeconómico, y cuanto mayor es la tendencia de flexibilización productiva de las empresas en el nivel microeconómico, mayor es la tendencia hacia la profundización de las desigualdades sociales ya existentes.

En el plano *institucional*, también tienden a ser vaciados el ámbito, el alcance y la efectividad de las instituciones político-representativas y de los mecanismos participativos nacionales. Pero no es sólo eso. Mientras que los límites territoriales circunscriben la “jurisdicción” en la que los individuos son incluidos o excluidos de la participación en las decisiones que afectan a sus vidas y a su patrimonio, la creciente relativización de la importancia de las fronteras geográficas acaba debilitando las libertades públicas, los derechos fundamentales y la representación democrática. Cuantas más decisiones económicas se internacionalizan y cuanto mayor es la integración de los mercados financieros de bienes y servicios, menor tiende a ser el alcance de las decisiones democráticas sobre ellos. Paradójicamente, justo en el momento en que los valores democráticos alcanzan un prestigio inédito en la historia, las condiciones de su realización efectiva parecen agotarse.

A primera vista, la afirmación puede sonar algo exagerada. Sin embargo, cobra sentido si la examinamos a la luz del combate entre el poder político y los capitales financieros, entre los mercados globalizados y los procedimientos de representación popular concebidos para propiciar un proyecto común de acción

política. Como es sabido, democracia y capitalismo han mantenido siempre y mantienen una fuerte y permanente relación de tensión. Por un lado, la acumulación capitalista ha de ser mantenida tan libre como sea posible de restricciones legales y fiscales determinadas por criterios de orden político e ideológico. Por otro lado, la democracia representativa en cuanto responde a anhelos e intereses definidos con base en el sufragio universal y en la regla de la mayoría, permite la imposición de límites al juego financiero, con el objetivo de asegurar un cierto equilibrio entre el enriquecimiento privado y la justicia distributiva. La democracia permite también la formulación e implementación de políticas públicas capaces de aumentar la igualdad de oportunidades —medida necesaria para asegurar alguna moralidad en el libre juego de mercado (Belluzzo, 2006).

Más allá de esto, en el plano específicamente *social*, adquiere rasgos aterradoros la distancia entre lo que esos Estados deberían y podrían hacer y lo que realmente hacen para asegurar el desarrollo, la cohesión y el bienestar, por un lado, y para minimizar las carencias, desigualdades y contingencias, por otro. En las décadas de los ochenta y noventa, se transfirieron al mercado las demandas sociales, mediante la privatización de determinados servicios públicos y con el objetivo de reducir la llamada *sobrecarga sistémica* y hacer frente a la *crisis de gobernabilidad*. Y a partir del año 2000 muchos de estos Estados pasaron a circunscribir su actuación a la adopción de medidas puntuales y transitorias ante cuestiones sociales de carácter estructural. Más precisamente, se limitaron a implementar estrategias compensatorias, bajo la forma de programas de asistencia social “focalizados” en los sectores de extrema pobreza, sin reaccionar de manera sistemática a la creciente desintegración de sus respectivas sociedades como se ve con claridad en América Latina y en Asia. En estos dos continentes, los Estados han sido compelidos a sustituir la idea de *universalización*, en virtud de la cual el poder público ofrece servicios y beneficios sociales para la población como un todo, para garantizar los derechos básicos en materia de salud, calidad de vida, educación, vivienda, seguridad, etcétera, por políticas de *focalización*, en virtud de las cuales los gastos sociales deben ser concentrados en segmentos de población muy bien definidos, en situaciones-límite de supervivencia, para propiciar la maximización de la eficiencia en la asignación de recursos escasos (Kerstenetzky, 2005).

En el plano *cultural*, la aparición de identidades cada vez más mundializadas, cuyo alcance sobrepasa los límites estrictos de cada lugar, hace que el Estado-nación pierda el monopolio de la definición del sentido de la vida colectiva, y pase a compartirlo con o a disputárselo a otras fuerzas políticas y sociales y a otros movimientos identitarios. En el plano institucional, los atributos formales, materiales y simbólicos del principio de soberanía, tales como *supremacía, incondicionalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, centralidad y unidad* del Estado, consagrados desde el siglo XVII con la formación del sistema internacional de Estados territoriales por el Tratado de Westfalia, son progresivamente relativizados y debilitados no sólo por el poder substantivo de los mercados de bienes, servicios y capitales, sino también por la entrada en escena de nuevos actores locales o

regionales, que reivindican espacios cada vez más amplios de autonomía política, administrativa y fiscal<sup>1</sup>.

Finalmente, en el plano específicamente *jurídico*, el derecho positivo y las instituciones judiciales se enfrentan a enormes limitaciones estructurales y ven su funcionalidad comprometida. Una de esas limitaciones es la reducción de parte de su jurisdicción. Dado que sus normas y los tribunales encargados de aplicarlas fueron concebidos para actuar dentro de límites territoriales precisos, el alcance y la eficacia de la intervención del Estado tienden a disminuir en la misma proporción en que:

- a) las nuevas fuentes de innovación tecnológica y la interpenetración de los sistemas de comunicación llevan a suprimir gradualmente las regulaciones jurídicas nacionales sobre profesiones, industrias y servicios;
- b) las formas tradicionales y excesivamente jerarquizadas de acción y regulación públicas se vuelven incompatibles con la flexibilidad y las posibilidades que las nuevas tecnologías propician, siendo progresivamente sustituidas por órganos dotados de amplia autonomía funcional y administrativa;
- c) la interdependencia financiera y las relaciones comerciales globales se profundizan y se intensifican;
- d) la importancia económica y el simbolismo político de las fronteras geográficas tradicionales van siendo superados tanto por la expansión de las tecnologías de la información y la producción, de las redes de comunicación, de los sistemas de transporte y de las nuevas estructuras empresariales, como por la yuxtaposición y entrecruzamiento de nuevos centros de poder (Cuadro 1), con el subsiguiente riesgo de ruptura del vínculo entre ciudadanía y nacionalidad (Innerarity, 2002); y
- e) van emergiendo nuevas identidades locales y regionales, prácticas políticas alternativas desarrolladas fuera de los límites institucionales, proyectos específicos de naturaleza política y social y nuevas formas de vida y de convivencia forjadas en torno “a una nueva preeminencia de los derechos identitarios”, lo que permite, por ejemplo, a un individuo definirse como “catalán”, “español”, o “europeo”, o como “quebequés” o “canadiense” (Santos 2001; Jessop, 2003; y Slaughter, 2004).

---

1. Por ejemplo, a partir de la década de 1990, la antigua Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, pasó a introducir en el ordenamiento jurídico de los países-miembros más reglas que las dictadas por las autoridades nacionales. Actualmente, se estima que apenas un 25% de las normas jurídicas aplicables en Francia han sido promulgadas por el gobierno francés sin consulta a Bruselas (Majone, 2006).



**Cuadro 1**  
**POLICENTRISMO DECISORIO EN LA ECONOMÍA GLOBALIZADA**

| Alcance              | Privado                            | Público                        | Tercer Sector                     |
|----------------------|------------------------------------|--------------------------------|-----------------------------------|
| <b>Supranacional</b> | Transnacionales no-gubernamentales | Organizaciones gubernamentales | Organizaciones no-gubernamentales |
| <b>Nacional</b>      | Empresas                           | Central                        | Descentralizado                   |
| <b>Sub-nacional</b>  | Local                              | Local                          | Local                             |

Fuente: Nye y Donahue (2000:13).

En términos funcionales, el papel del derecho consiste en estabilizar expectativas de comportamiento generalizadas y en institucionalizar la posibilidad de su transformación con el objetivo de hacer previsibles los comportamientos sociales, sometiénolos a pautas comunes que proporcionen seguridad jurídica. Con todo, cuanto mayores son la velocidad y la intensidad de ese proceso, las instituciones legislativas tradicionales van cediendo más lugar a las nuevas fuentes de producción normativa —fuentes *supranacionales* (por transferencia de competencias legales desde el Estado-nación hacia organismos multilaterales, que se convierten en centros de intereses dotados de poder propio y autónomo), fuentes *privadas* (que incluyen prácticas y procedimientos regulatorios desarrollados por entidades empresariales y por asociaciones profesionales), fuentes *técnicas* (basadas en la *expertise* científica) y fuentes *comunitarias* (basadas en la capacidad de articulación y movilización de los diferentes sectores de la sociedad por medio de ONGs y movimientos sociales). Dicho de otro modo: en materia de estabilización de las expectativas normativas y de resolución de litigios, cuanto más incapaces se muestran el derecho positivo y los tribunales para superar sus déficit de rendimiento o funcionalidad, más tienden a ser suplantados en su papel de garantizadores del control de la legalidad por justicias paralelas y normatividades yuxtapuestas, de nivel infra o supranacional, y de carácter no-estatal, infra-estatal o supra-estatal.

Las jurisdicciones y normatividades surgen en espacios infra-nacionales e infra-estatales a partir de necesidades reales de diferentes sectores sociales y económicos, cuyos intereses sustantivos y cuyas expectativas normativas no encuentran la acogida necesaria en las instituciones judiciales tradicionales. Estas necesidades y expectativas se realizan entonces, por ejemplo, mediante la adhesión a un amplio conjunto de directrices de comportamiento y sin la interferencia estatal del poder público. Sin embargo, las jurisdicciones y normatividades que se van forjando en el contexto transnacional y se ponen en práctica en espacios supranacionales son el resultado de factores de otra naturaleza. Entre ellos destacan, por ejemplo, la división de responsabilidades entre unidades políticas multi-funcionales; la formación de redes de actores e instituciones funcionalmente diferenciadas y regional o globalmente orientadas; la proliferación de centros altamente especializados en las más variadas áreas del conocimiento; y la velocidad de los procesos de convergencia normativa, de armonización de las legislaciones nacionales, de normalización técnico-organizacional y de unificación burocrática derivados de la formación

de grandes bloques comerciales, de las experiencias de integración regional, de la multiplicación de instituciones internacionales supra e intergubernamentales y de la aparición de organismos transnacionales no emanados de o no constituidos directamente por la autoridad de los Estados.

En el primer caso, como ilustra el Cuadro 2, están floreciendo los más variados procedimientos negociales, mecanismos regulatorios informales y órganos paraestatales de resolución de conflictos. Esta emergencia adopta la forma de técnicas y esquemas de mediación, conciliación, arbitraje, autocomposición de intereses y auto-resolución de conflictos... Incluso en áreas periféricas inexpugnables y bajo control del crimen organizado, se recurre a la imposición de la ley del más fuerte que constituye un *derecho marginal*<sup>2</sup>. En el segundo caso, destacan, por ejemplo, los *International Commercial Terms* y las directrices para el comercio vía Internet establecidas por la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC, un organismo privado); los modelos de derecho contractual y legislación internacional sobre el reconocimiento de la firma digital en el comercio electrónico propuestos por la *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL, un organismo multilateral); y los principios de uniformización de los contratos comerciales de venta internacional de bienes formulados por el *International Institute for the Unification of Private Law*, de Roma (UNIDROIT, un organismo intergubernamental constituido en 1926 como órgano auxiliar de la antigua Sociedad de Naciones y refundado en 1940).

Como queda particularmente claro en la protección de los derechos de la propiedad intelectual, en el refuerzo de la seguridad jurídica de las transacciones en un mundo virtual y en las negociaciones para la liberalización de los movimientos de capital, si hay un denominador común entre esos distintos regímenes legales y esa inmensa variedad de conjuntos normativos transnacionales surgidos con la globalización de la economía, este es el hecho de que casi todos esos regímenes han sido concebidos sobre la base de los valores, categorías, conceptos, diagnósticos y prescripciones prevalecientes en el ámbito de las economías centrales y han sido puestos en práctica mediante los mecanismos fiscalizadores y controladores de los distintos organismos multilaterales y órganos (formales e informales) de la llamada “gobernanza multi-nivel”, tales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Grupo de los Siete Países Industrializados (o G-7, grupo informal que ejerce un papel clave en la regulación de las finanzas mundiales), el G-20 (o G-7 ampliado a otros países “sistémicamente importantes”, como Rusia, China, India, Sudáfrica, Arabia

---

2. En realidad, el derecho marginal es un contra-derecho, pues su ‘jurisdicción’ se da en zonas marcadas por una cultura de desagregación, de banalización de la violencia y de ausencia del Estado. En esas zonas no hay un mínimo de integración social que permita al orden jurídico ser universalmente acatado. Se trata de zonas controladas por el crimen organizado o por grupos armados integrados por policías o miembros de las fuerzas de seguridad retirados, donde el poder público sólo entra para negociar acuerdos informales de convivencia social.

Saudi o Brasil), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, el Banco de Compensaciones Internacionales (BIS) y el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria; o, también, órganos de integración económica regional, como la Unión Europea (UE), el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (Nafta), el Mercado Común del Cono Sur (Mercosur), la Asociación de las Naciones del Sudeste Asiático (Asean), la Asociación de Países del Pacífico Asiático (Apec), etcétera (Sand, 2004; y Picciotto, 2007). En total existen hoy más de 350 instituciones de ese género, con diferentes niveles de escala y de autoridad, la mitad de ellas creadas después de 1960, y que ejercen funciones que se entrelazan y que al hacerlo corroen la soberanía de los Estados. Es la transferencia de competencias la que abre el camino a lo que muchos autores llaman “vacíos de legitimación” (Habermas, 2001).

Paralelamente, en ese contexto en que el protagonismo de las relaciones internacionales ya no es *exclusividad* ni de los Estados ni de las organizaciones intergubernamentales, otras dos normatividades también se vienen expandiendo de modo veloz. La primera de ellas se expresa a través de un conjunto de prácticas, usos y costumbres, reglas, códigos de ética o de conducta, o acuerdos de intenciones (*Memorandums of Understanding*), cláusulas contractuales, términos normalizados y principios mercantiles creados por empresas de muy variado tipo en el interior de las redes transnacionales de comercialización de insumos, bienes y servicios, con el objetivo de regular el acceso a los mercados, de encauzar y disciplinar las transacciones comerciales o financieras y de propiciar los criterios, métodos y procedimientos para la resolución de conflictos en el comercio internacional —vía mecanismos de arbitraje, por ejemplo. Esta normatividad dispone de la flexibilidad necesaria para adaptarse a especificidades sectoriales y regionales, y es aplicada básicamente por asociaciones empresariales, cámaras de comercio, corporaciones profesionales y otros operadores jurídicos a los que la doctrina llama “artesanos legales”. Esta normatividad constituye la así llamada “nueva” *Lex Mercatoria*, en contraposición a la forjada en los tiempos medievales (Dezalay y Garth, 2000; Gessner, 2005; Sand, 2004; Slaughter, 2004).

La “antigua” *Lex Mercatoria* surgió en la Edad Media, antes del advenimiento de los Estados modernos. Constituida bajo la forma de convenciones y de usos comerciales prevalecientes en el mundo feudal, fue desarrollada por navegantes y comerciantes de forma espontánea, o sea, sin ser impuesta por autoridades locales. De la misma manera, confiriendo a las partes la libertad de elección de las reglas de derecho aplicables por los árbitros y expresándose más a través de principios generales del comercio internacional —como el de la buena fe— que por medio de reglas especiales, la “nueva” *Lex Mercatoria* extiende hoy su jurisdicción sobre mercados, comunidades profesionales y cadenas productivas —no sobre territorios. La extraordinaria expansión de este tipo de normatividad a lo largo de las últimas tres décadas ha sido impulsada, entre otros factores, por los litigios entre compañías petrolíferas y países recién independizados a propósito de la nacionalización de las reservas, el cumplimiento de contratos firmados antes de la independencia, las leyes aplicables a los contratos o sobre la soberanía sobre

las riquezas nacionales. Las compañías petrolíferas siempre procuraron evitar los tribunales locales como foro de resolución de controversias. Desde que, por razones políticas internas, los países recién independizados pasaron a considerar inaceptable la aplicación de las leyes de los países centrales, las petroleras temían la falta de inserción de los jueces. En ese contexto, la opción por el arbitraje y por los principios generales del comercio internacional se reveló como la salida más adecuada para las dos partes. Para los países exportadores, porque reduce significativamente el coste político derivado de los litigios, en la medida en que evita la sumisión de los intereses nacionales a leyes extranjeras. Para las compañías petrolíferas, porque la discusión se traslada a ambientes políticamente más neutros, se traba en términos más técnicos, y las partes pueden recurrir a la asesoría de los grandes bufetes internacionales de abogados —principalmente americanos e ingleses— (Dezalay y Garth, 2000).

El otro tipo de normatividad se expresa bajo la forma de una “gobernanza sin gobierno”, una estructura sistémica flexible que se articula de modo descentralizado, y que está constituida por conocimientos especializados y *expertises*. Más precisamente, está formada por el conjunto de técnicas normalizadas de comunicación digital y de procedimientos concebidos y desarrollados para atender las exigencias de estándares mínimos de calidad, transporte y seguridad de los bienes y servicios que circulan en el mercado transnacionalizado, de especificación de sus componentes, del origen de sus materias primas, de contabilización y control de sus costes, etcétera. Ese tipo de normatividad —la llamada *Lex Digitalis* y el denominado *Derecho de la Producción* (Santos, 2001; Vesting, 2004; y Picciotto, 2007)— es el resultado de los trabajos de sistematización, armonización y normalización realizados por órganos como la *International Organization for Standardisation* (ISO), el *Deutsches Institut für Normung* (DIN), el *Committe for Eletrotechnical Standardization* (CENELEC), el *Forestry Stewardship Council*, el *European Telecommunication Standard Institute* (ETSI), la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), el *Financial Accounting Standards Board* (FASB) o la *Asociación Brasileira de Normas Técnicas* (ABNT). Creados como entidades privadas sin ánimo de lucro y responsables de la definición de estándares internacionales que no son legalmente vinculantes, algunos de esos órganos actúan por delegación de los gobiernos y están fuertemente influidos por empresas privadas y grupos de interés, mientras que otros ocupan el vacío dejado por los poderes públicos en sectores y materias de extrema complejidad técnica que exigen saberes altamente especializados<sup>3</sup>.

---

3. Véase, por ejemplo, el *International Accountig Standards Board* (IASB), el órgano que formula criterios técnicos estandarizados, con alcance global, para el ejercicio de la contabilidad y la auditoría. Financiado por las mayores firmas del sector, como la Pricewaterhousecoopers, KPMG, Deloitte & Touch y Ernest & Young, el IASB establece criterios y estándares técnicos no siempre transparentes, muchos de los cuales son negociados con grandes bancos y grandes empresas. En la crisis financiera de 2008, por ejemplo, las grandes compañías europeas no sólo denunciaron que las normas contables del IASB favorecían a las empresas americanas de la competencia, sino que también

Las sesenta y cinco mil multinacionales transnacionales que operan en la economía globalizada y sus aproximadamente 850.000 empresas filiales y subsidiarias emplean a 54 millones de personas, poco en un planeta de seis mil millones de habitantes, y facturan cerca de diecinueve billones de dólares al año, el doble de las exportaciones mundiales. Pero estas empresas realizan al menos un tercio de sus actividades entre ellas mismas, o sea, entre empresas que pertenecen a un mismo conglomerado (Unctad, 2004). Y cuanto mayor es la tendencia de expansión del llamado comercio intra-firmas (*intra firms trade*), más difícil se torna su control por las autoridades fiscales y aduaneras del Estado-nación, en la medida en que los valores *formales* de sus transacciones no se corresponden necesariamente con los precios que reflejan los costes *reales* de producción, lo que les permite registrar beneficios y pérdidas en países donde la carga tributaria es nula o poco severa y las reglamentaciones son bastante ligeras o laxas. Eso hace del comercio intra-empresarial una importante fuente autónoma de principios normativos y de reglas, procedimientos y códigos de conducta corporativa, o sea, una fuente de producción privada de derecho mediante procesos de autorregulación que se autolimentan de modo continuo. Dicho de otro modo, en la medida en que esas empresas se caracterizan por la concentración de las funciones de decisión e innovación en las empresas matrices y por la dispersión de las operaciones industriales y comerciales, las relaciones contractuales consigo mismas y con sus empresas filiales, subcontratadas y proveedoras, constituyen una forma de organización privada de la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios, que crea situaciones de poder desigual y de dependencia, con una lógica propia de subordinación, dominio, asociación y cooperación. Se trata de relaciones contractuales continuas, que tienden a prolongarse indefinidamente en el tiempo y, por eso mismo, acaban forjando usos, costumbres, obligaciones de lealtad y jerarquías informales. Así, con sus esquemas de coordinación gerencial, coerción disciplinaria y de control de sus actividades, y asegurando su cohesión funcional, esa organización privada de la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios encierra mecanismos difusos y relacionales de poder. Mecanismos que se ramifican en formas locales y regionales, que se materializan en las prácticas organizacionales y corporativas de las empresas con actuación transnacional, y que transgreden abiertamente las normas, jurisdicciones y procedimientos del ordenamiento jurídico de los Estados-nación.

---

afirmaron que las reformas urgentes propuestas entonces por el IASB con el objetivo de permitir a las empresas contabilizar sus activos con base en valores de mercado, habían sido elaboradas para intentar alinear los estándares internacionales con los de las empresas americanas. “Algunos pretenden vía libre más allá de la cadena y una manera más fácil de consolidar sus posiciones financieras, y eso no es realista”, dijo, en la época, el primer ministro inglés Gordon Brown, defendiendo los intereses de empresas europeas (*Financial Time*, edición de 13 de octubre de 2008). Además de ser seguidos por determinados tribunales como si fuesen leyes, los estándares y reglas de contabilidad elaboradas por el IASB suelen ser impuestos a los países en desarrollo bajo la forma de condiciones o exigencias para la concesión de préstamos, y transferencia de recursos e inversiones por parte de gobiernos y organismos multilaterales.

**Cuadro 2**  
**TIPOS DE ÓRDENES NORMATIVOS Y SUS PRÁCTICAS JUDICIALES**

| <b>Tipos de ordenamiento</b><br><b>Características</b> | <b><i>Lex Mercatoria</i></b><br><b>y derecho de la producción</b> | <b>Derecho extraoficial</b> | <b>Derecho positivo</b>               | <b>Derecho marginal</b>        |
|--------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|-----------------------------|---------------------------------------|--------------------------------|
| Lo que está en juego                                   | Tensiones no declaradas públicamente                              | Conflictos materiales       | Litigios jurídico-procesales          | Agresiones                     |
| Objetivos                                              | Relaciones continuadas                                            | Soluciones sustantivas      | Soluciones formales                   | Contestación                   |
| Tipos de norma                                         | Pragmático y casuista                                             | Soluciones <i>ad hoc</i>    | Derecho codificado                    | Ley del más fuerte             |
| Racionalidad                                           | Procedimental                                                     | Material                    | Formal                                | Irracional                     |
| Modo de formalización                                  | Contractual                                                       | Negociación                 | Aplicación                            | Ausencia de formalización      |
| Tipo de procedimiento                                  | Transacción y mediación                                           | Conciliación y arbitraje    | Decisión                              | Punición y represión           |
| Grado de institucionalización                          | Organización flexible y sistemas autorregulados                   | Campo social semi-autónomo  | Campo normativo estatal               | Marginalidad social y criminal |
| Eficacia del derecho                                   | Por aceptación y por inclusión.                                   | Por adaptación al contexto  | Pretensión de aplicabilidad universal | Desafío continuo al orden      |

Fuente: adaptado de Rouland (1988: 447).

Otra limitación estructural del derecho positivo y de sus instituciones judiciales es la discrepancia entre su perfil arquitectónico y la creciente complejidad del mundo contemporáneo. Sus normas tradicionalmente normalizadoras, con secuencias lógicas y binarias, dictadas sobre la base de los principios de impersonalidad, generalidad, abstracción y rigor semántico, y organizadas bajo la forma de un sistema cerrado, coherente y exento de lagunas y antinomias (Bobbio, 1989), no alcanzan a captar ni a dar cuenta de una pluralidad de situaciones sociales, económicas, políticas y culturales cada vez más diferenciadas funcionalmente. Como ya dijimos, esas situaciones no mantienen entre sí relaciones jerárquicas, sino que están estructuradas en forma de red. Las exigencias de objetividad, las condiciones de validez formal y las reglas en virtud de las cuales se reconocen y ordenan las fuentes de derecho chocan con las necesidades de flexibilidad y adaptabilidad de las nuevas políticas reguladoras, cuya implementación depende de una intrincada articulación entre instrumentos normativos, medios materiales y condiciones institucionales. El formalismo excesivo y el carácter rígidamente jerarquizado del sistema jurídico tienden a impedir la visión de la complejidad socioeconómica y la percepción de la creciente singularidad de los conflictos, en contextos marcados por cambios muy rápidos y, a veces, radicales. Sus principios generales, sus reglas y sus procedimientos ya no consiguen regular, disciplinar y controlar, dentro de la debida coherencia sistémica, hechos multifacéticos y heterogéneos, lo que acarrea, por otra parte, graves distorsiones en los precios y reduce la eficiencia en

la asignación de recursos. Muchas de sus prescripciones basadas en sanciones de carácter punitivo-represivo, aplicadas por tribunales sometidos a ritos procesales excesivamente rígidos y bastante lentos, son incompatibles con las exigencias de rapidez, agilidad, flexibilidad y adaptabilidad de los nuevos paradigmas de producción y de los nuevos patrones de funcionamiento del comercio mundial y del sistema financiero globalizado.

El Estado no puede dejar esos hechos, situaciones y conflictos sin algún tipo de control, porque ello pondría en riesgo la estabilidad del régimen de acumulación y la base institucional necesaria tanto para el funcionamiento de la economía como para el mantenimiento de la cohesión social. Es por eso por lo que el Estado se ve cada vez más obligado a recurrir a conceptos jurídicos indeterminados, a abusar de los dispositivos legales de carácter programático y a multiplicar el número de normas de textura y tipo abierto. Eso amplía el margen de discrecionalidad de los intérpretes y distorsiona el rol tradicional de los principios jurídicos, tanto en lo relativo a su papel en la resolución de “casos difíciles”, como en el cierre lógico del sistema jurídico (véase abajo el Cuadro 3, Dworkin, 1991). La otra salida consiste en dictar continuamente normas *ad hoc* para casos altamente específicos y singulares, pero esto convierte a las excepciones en reglas e impone reglas a las circunstancias. En suma, convierte las decisiones jurídicas en respuestas pragmáticas a cuestiones puntuales e inmediatas. Cuanto más camine en esta línea la producción normativa del Estado, cuanto más aumente el número de textos legales con alcance bastante circunscrito en el tiempo y en el espacio, y cuanto más se generen presiones disfuncionales sobre los tribunales, más confusa, desordenada y contradictoria será la expansión del derecho positivo en forma de reglas complejas y de leyes inadecuadas<sup>4</sup>.

**Cuadro 3**  
**FUNCIONES Y OBJETIVOS DE LOS PRINCIPIOS**

| <b>Función</b> | <b>Objetivos</b>                                                                                                                          |
|----------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Integradora    | — propiciar la resolución de los litigios no encuadrados en las normas ( <i>hard cases</i> )<br>— orientar la integración de lagunas      |
| Interpretativa | — orientar la comprensión de las normas en el sentido del propio sistema jurídico.                                                        |
| Directiva      | — indicar los rumbos del ordenamiento jurídico<br>— actuar como directrices programáticas                                                 |
| Unificadora    | — asegurar coherencia doctrinal y sistémica al ordenamiento jurídico<br>— propiciar la conjunción entre racionalidad formal y substantiva |

4. Esto puede ser ilustrado por la legislación tributaria en vigor en el Brasil contemporáneo que, al inicio de la actual década, estaba compuesta por 25.400 decretos u ordenanzas 55.767 artículos, 33.374 párrafos, 23.497 capítulos y 9.956 títulos (cfr. *O Estado de S. Paulo*, edición de 5-10-2005).

Además, las incontables micro-racionalidades que surgen en esa dinámica caótica de expansión legislativa son potencialmente conflictivas entre sí e incapaces, por lo tanto, de converger en la dirección de una racionalidad *macro*, con unidad lógica, coherencia programática y rigor conceptual. De ese modo, en una situación-límite de “hiperjuridicización” o de “sobrejuridificación” (*Verrechtlichung*), el derecho positivo ya no consigue contar con una jerarquía mínimamente articulada y con principios integradores compatibles entre sí de las distintas instrucciones, dictámenes, ordenanzas, decretos, leyes y códigos (Willke, 1986; Jessop, 2003; y Sand, 2004). En contra de su pretensión de abarcar una intrincada y compleja pluralidad de valores, intereses, situaciones, materias y sujetos, de disciplinar comportamientos altamente particulares y de encauzar la acción de una enorme multiplicidad de operadores y actores jurídicos, el sistema jurídico del Estado-nación acaba asumiendo la forma de un *patchwork* o de un *bricolage* de normas, procedimientos y sanciones, lo que compromete su articulación orgánica programática, su racionalidad sistémica y su fuerza normativa.

En consecuencia, el derecho positivo estatal no solo pierde gran parte de su eficacia potencial, sino que, además, ve comprometida su propia autonomía. El resultado es una explosión de “incertidumbre jurisdiccional” generalizada que, a su vez, introduce factores adicionales de riesgo en la vida social y económica, cuya neutralización exige más medidas y reglas puntuales... Esto lleva a la extenuación del paradigma jurídico en torno al cual el Estado estructuró sus instituciones. Esa es la trágica ironía del Estado: la conciencia de que ya no puede controlar, producir y dominar lo que hasta ahora controlaba, dominaba y producía de modo incontrastable. La pretensión de exclusividad y universalidad del poder ha de ser sustituida por actitudes pragmáticas, y esas actitudes más contenidas no están fundadas en la presunción de constituir la última instancia de las decisiones políticas y jurídicas, sino —esta es la ironía— en la de ser sólo una voz más en el concierto social.

## BIBLIOGRAFÍA

- BELLUZZO, Luiz Gonzaga (2005) – *Ensaio sobre o Capitalismo no Século XX*, São Paulo, Unesp.
- BOBBIO, Norberto (1989) – *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília, UnB.
- DEZALAY, Yves e GARTG, Bryant (2000) – A dolarização do conhecimento técnico e profissional do Estado, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 15, n. 43.
- DWORKIN, Ronald (1991) – *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth.
- GESSNER, Volkmar (2005) – *Self-governance and Law in multinational corporation and transnational business network*, Oñati, International Institute for Sociology of Law.
- HABERMAS, Jürgen (2001) – *A constelação pós-nacional*, São Paulo, Littera Mundi.
- INNERARITY, Daniel (2002) – *La transformación de la política*, Barcelona, Península.
- JESSOP, Bob (2003) – *The Future of the Capitalist State*, Cambridge, Polity.
- KERSTENETZKY, Célia (2005) – *Políticas sociais: focalização ou universalização?*, Niterói, Universidade Federal Fluminense, Texto para Discussão n. 180.



- KIRAT, T.; SÉRVERIN, Evelyne (2000) – *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Éditions.
- MAJONE, Giandomenico (2006) – “Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança”, in *Regulação Econômica e Democracia*, Paulo Mattos org., São Paulo, Singular.
- NYE, J. e DONAHUE, J. (2000) – *Governance in a Globalizing World*, Washington, Brookings Institute Press.
- PICIOTTO Sol (2007) – *Law and Legitimacy and Multilevel Governance*, Warwick, Centre for Globalization and Regionalism, Warwick University.
- ROULAND, Norbert (1998) – *Anthropologie Juridique*, Paris, PUF.
- SAND, Inger-Johanne (2004) – Polycontextuality as an alternative to constitutionalism, en *Transnational Governance and Constitucionalism*, Gunthter Teubner et allii, Oxford, Hart Publishing.
- SANTOS, Boaventura (2001) – *Globalização: fatalidade ou utopia?*, Porto Afrontamento.
- SLAUGHTER, Anne-Marie (2004) – “Global government networks, global information agencies and disaggregated democracy”, en *Public governance in the age of globalization*, Karl-Heinz Ladeur, org., Aldershot, Ashgate Publishing.
- UNCTAD (2006) – World Investment Report, Genebra.
- UPRIMNY, Rodrigo *et allii* (2006) – *Justicia para todos?*, Bogotá. Grupo Editorial Norma.
- VESTING, Thomas (2004) – “The autonomy of law and the formation of network standards”, en *German Law Journal*, v. 5, n. 6.
- WILLKE, Helmut (1986) – *The tragedy of the State: prolegomena to a theory of State in polycentric society*, en ARSP-Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, Stuttgart, v. LXXXII

